

Målnummer:	UM2239-17	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2018-05-15		
Rubrik:	En utlänning som har haft tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete har under tre månader av sin fyraåriga tillståndstid haft en lön som understigit schablonbeloppet och arbetsgivaren har inte redovisat hans semesterförmåner på ett tydligt sätt. Vid en helhetsbedömning av om förutsättningarna för tillstånd varit uppfyllda under tidigare tillståndsperioder har anställningsvillkoren inte bedömts vara sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Den omständigheten att utlänningens lön understigit den lön som enligt ansökan erbjudits honom har inte ansetts utgöra hinder för att bevilja permanent uppehållstillstånd, eftersom förklaringarna till avvikelserna var godtagbara.		
Lagrum:	• 5 kap. 5 § första stycket 1 och 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen (2005:716)		
Rättsfall:	• MIG 2015:11 • MIG 2015:20 • MIG 2017:24 • MIG 2017:25		

REFERAT

AM beviljades uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige fr.o.m. den 20 februari 2012 t.o.m. den 20 februari 2014 för arbete som isoleringsmontör hos Belstroj AB. Han lämnade in en ansökan om förlängt tillstånd och beviljades därefter uppehålls- och arbetstillstånd fr.o.m. den 21 februari 2014 t.o.m. den 21 februari 2016 för arbete som isoleringsmontör. Hans maka, IM, beviljades under motsvarande perioder uppehålls- och arbetstillstånd som familjemedlem till honom. Den 27 december 2015 ansökte makarna om förlängt uppehålls- och arbetstillstånd.

Migrationsverket avslog den 5 augusti 2016 AM:s ansökan om uppehållstillstånd- och arbetstillstånd och beslutade samtidigt att utvisa honom. Som skäl för beslutet angav Migrationsverket i huvudsak följande. AM har varit tillsvidareanställd hos Belstroj AB sedan den 15 februari 2011. Hans tidigare uppehålls- och arbetstillstånd grundades på ett erbjudande om tillsvidareanställning med omfattning på 100 procent och fast månadslön. Han erbjöds en månadslön på 25 500 kr vid första tillfället och 33 000 kr vid förlängningstillfället. AM:s arbetsgivare har inte betalat ut lön till honom som är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Han har inte heller fått lön som motsvarat den lön som erbjudits, räknat på antal timmar han har arbetat per månad. Förutsättningarna för arbetstillståndet har därför inte varit uppfyllda under tidigare tillståndsperioder. Migrationsverket kan därför inte bevilja AM permanent uppehållstillstånd i Sverige. Det kan inte heller anses finnas särskilda skäl att bevilja honom fortsatt arbetstillstånd. Det finns heller inte förutsättningar att bevilja honom uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

Migrationsverket avslog samma dag IM:s ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd som familjemedlem till sin make och beslutade samtidigt att utvisa henne. Beslutet motiverades i huvudsak med att makens ansökan inte hade beviljats och att det inte heller fanns några synnerligen ömmande omständigheter för att bevilja henne uppehållstillstånd.

AM och IM överklagade Migrationsverkets beslut. Makarna yrkade att de skulle beviljas de sökta tillstånden och anförde bl.a. följande. Migrationsverket har grundat besluten på felaktiga uppgifter vad gäller lön enligt kollektivavtal. Migrationsverket har hämtat in uppgifter om lägsta kollektivavtalsenliga löner från fackförbundet Svenska Byggnadsarbetareförbundet för aktuella år. Av dessa uppgifter framgår vilken timlön som gäller för arbetstagare med yrkesbevis för respektive år. Det framgår även att det är endast 88 procent av den lönen som gäller för arbetstagare utan yrkesbevis. AM:s arbetsgivare har intygat att han inte har yrkesbevis. Hans lön är enligt praxis i branschen en ackordslön, varför den varierar över tid. Utlovad lön enligt anställningserbjudandena utgörs därför av uppskattad snittlön. Hans timlön har dock alltid överstigit den för honom gällande minimilönen. AM anlände till Sverige i maj 2008 och har utan avbrott befunnit sig i landet sedan dess. Han har anpassat sig till den svenska arbetsmarknaden, haft hög lön och aldrig haft längre uppehåll från arbetet. Han har därför i hög grad bidragit till den svenska samhällsutvecklingen. Han talar dessutom flytande svenska och har tagit svenskt körkort. De har förstahandskontrakt på sin lägenhet och är helt anpassade efter svenska förhållanden. De har inget kvar i Vitryssland som binder dem dit.

Migrationsverket bestred bifall till överklagandet och anförde i huvudsak att uppgifterna från den fackliga organisationen inte fråntar bolaget dess ansvar att betala ut den lön som angetts i anställningsavtalet.

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2017-01-27, ordförande Hanö och tre nämndemän), beslutade genom den överklagade domen att avslå överklagandet med i huvudsak följande motivering. Migrationsverket har i sitt beslut avseende AM konstaterat att arbetsgivaren hittills inte har betalat ut lön till AM som är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen och inte heller i enlighet med det anställningserbjudande som tidigare lämnats. Förutsättningarna för arbetstillståndet har därför enligt Migrationsverket inte varit uppfyllda under de tidigare tillståndsperioderna.

Migrationsdomstolen konstaterar utifrån vad som har framkommit i målet att AM har erhållit lön som är i nivå med det för honom gällande kollektivavtalet. Vad gäller den utbetalade lörens överensstämmelse med erbjuden lön har AM uppgett att utlovad lön enligt anställningserbjudandena utgörs av uppskattad snittlön.

Migrationsdomstolen konstaterar att AM har fått en lägre lön än den lön han erbjudits. Domstolen konstaterar vidare att den erbjudna lönen utgör en del av det underlag som Migrationsverket har haft att ta ställning till vid bedömningen av om AM skulle beviljas arbetstillstånd under den tidigare tillståndsperioden. Arbetsgivaren har inte infriat de erbjudna anställningsvillkoren under tillståndsperioden. Förutsättningarna som låg till grund för prövningen av arbetstillståndet och som innebar att AM beviljades arbetstillstånd har således inte varit uppfyllda under tillståndsperioden. AM kan därför inte beviljas permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716).

Eftersom förutsättningarna för arbetstillståndet inte har varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden kan AM inte heller beviljas uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av bestämmelsen om förlängning av särskilda skäl i 6 kap. 2 a § utlänningslagen.

Migrationsdomstolen finner vid en sammantagen bedömning av vad som har framkommit i målet att klagandena förvisso anpassat sig till Sverige i flera avseenden men att det inte föreligger sådana synnerligen ömmande omständigheter som innebär att uppehållstillstånd kan beviljas enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen. Inte heller har någon annan grund för att bevilja klagandena uppehålls- och arbetstillstånd framkommit.

AM och IM överklagade domen och yrkade i första hand att de skulle beviljas

permanent uppehållstillstånd och i andra hand att de skulle beviljas förlängda uppehålls- och arbetstillstånd. Till stöd för sin talan anförde de bl.a. följande.

AM har under tidigare tillståndstid haft en anställning som gjort det möjligt för honom att försörja sig. Lönen och övriga anställningsvillkor har inte varit sämre än de villkor som följer av gällande kollektivavtal. Han har erbjudits fortsatt anställning hos samma arbetsgivare och de erbjudna anställningsvillkoren uppfyller kraven för arbetstillstånd. Han har i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren haft uppehållstillstånd för arbete och han har kunnat försörja sig på sin anställning.

Migrationsverket har inte tidigare anfört att försörjningskravet inte är uppfyllt i deras ärenden. AM har enligt sitt anställningsavtal med Belstroj AB haft en viss bestämd timlön. Hans månadsinkomst har varierat över tid beroende på hur mycket han har arbetat. Av den anledningen har arbetsgivaren i Migrationsverkets formulär för anställningserbjudanden angett en uppskattad månadsinkomst för honom. Om hans årsinkomster omvandlas till genomsnittliga månadsinkomster har han haft en månadsinkomst på i snitt 25 391 kr under 2012, 25 759 kr under 2013, 24 698 kr under 2014, 31 241 kr under 2015 och 33 663 kr under 2016, dvs. långt över det schabloniserade försörjningskravet på 13 000 kr. Det stämmer att han för månaderna augusti och november 2013 samt november 2014 fick utbetalningar som understeg 13 000 kr. Anledningen till detta var att han för juli 2013 fick ett löneförskott inklusive semesterlön för 25 semesterdagar på 59 293 kr, vilket reglerades genom lägre utbetalningar avseende augusti och november 2013. För november 2014 fick han ingen lön, eftersom han tog obetald tjänstledighet för att hantera en personlig angelägenhet i Kiev. AM:s genomsnittliga månadslön har aldrig varit lägre än 24 698 kr. Det finns inte något stöd för att tre tillfälligt lägre utbetalningar under en fyraårsperiod, som dessutom har godtagbara förklaringar, skulle vara ett hinder mot att han och hustrun beviljas permanent uppehållstillstånd.

Vad gäller frågan om AM har haft kollektivavtalsenlig lön har han enligt sitt anställningsavtal haft en viss bestämd timlön. Svenska Byggnadsarbetareförbundet har tillstyrkt hans lönevillkor och intygat att han omfattas av kollektivavtalsenliga försäkringar. Hans timlön har varit högre än den lägsta kollektivavtalsenliga lönen för isoleringsmontörer utan yrkesbevis. Detta framgår av de uppgifter som fackförbundet har lämnat och av AM:s lönespecifikation. I samband med att han ansökte om arbetstillstånd har hans arbetsgivare, i det formulär som Migrationsverket tagit fram, angett en uppskattad snittlön. Att det varit fråga om en uppskattning framgår av omständigheterna i målet, men även av det yttrande som arbetsgivaren har gett in till Migrationsverket. Det kan vidare noteras att Migrationsverkets formulär inte har innehållit något tydligt alternativ för anställningar med timlön utan har varit utformat för anställningar med fast månadslön.

Migrationsverket har inte heller tidigare gjort gällande att AM:s semester skulle ha någon betydelse för frågan om han ska beviljas arbetstillstånd. Han har under 2012 tagit ut 25 betalda semesterdagar i samband med en resa. Av någon okänd anledning framgår detta inte av lönespecifikationerna. Av specifikationerna för de andra åren framgår att han har tagit ut betalda semesterdagar varje år. Det kan alltså konstateras att han fått de semesterförmåner som han har rätt till.

Om AM beviljas permanent uppehållstillstånd ska även IM beviljas detta på grund av anknytning till honom. Om Migrationsöverdomstolen mot förmodan skulle anse att villkoren för permanent uppehållstillstånd inte är uppfyllda är makarna av uppfattningen att AM:s starka anknytning till den svenska arbetsmarknaden utgör särskilda skäl för att bevilja dem förlängda uppehålls- och arbetstillstånd.

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås och anförde i huvudsak följande.

Den strikta tillämpning som framgår av MIG 2015:11 och MIG 2015:20 innebär att den sökande måste visa att förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda under tidigare tillståndstider och att det i princip inte finns något utrymme att acceptera att förutsättningarna inte har varit uppfyllda vid något tillfälle. Som framhålls i MIG 2015:11 skulle en annan ordning kunna leda till att legitimiteten för bestämmelserna minskar. Till skillnad från migrationsdomstolen anser Migrationsverket även att AM:s faktiska anställningsvillkor under föregående tillståndsperioder inte har uppfyllt förutsättningarna för arbetstillstånd.

Av 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen framgår att en arbetstagare måste kunna försörja sig på sin anställning, vilket innebär att inkomsten som lägst måste uppgå till ett schablonbelopp som för närvarande är 13 000 kr i månaden. Av ärendet framgår att AM avseende augusti och november 2013 samt november 2014 haft en inkomst som låg under 13 000 kr. Eftersom arbetstagaren varje månad måste ha en inkomst som är tillräckligt hög för att denne ska klara sina basala behov har AM:s anställning därmed inte uppfyllt försörjningskravet i 6 kap. 2 § utlänningslagen. Omständigheten att han uppger sig ha haft semester under dessa perioder och för 2013 fått semesterersättning avseende juli 2013 förändrar inte bedömningen.

Om man utgår från den fackliga organisationens uppgifter om lägsta kollektivavtalsenliga lön för AM har hans lön inte varit i nivå med kollektivavtalet.

I sin bedömning av om en erbjuden anställning uppfyller villkoren för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen måste Migrationsverket kunna utgå från att de uppgifter som framgår av anställningserbjudandet kommer att uppfyllas. Även om ett anställningserbjudande inte är juridiskt bindande har arbetsgivaren försäkrat att lämnade uppgifter är korrekta och därigenom kan det ställas krav på att arbetsgivaren verkligen uppfyller anställningsvillkoren.

Migrationsverket instämmer i migrationsdomstolens bedömning att AM inte har fått de anställningsvillkor som låg till grund för Migrationsverkets prövning. Utöver de skäl som framgår av Migrationsverkets beslut anser verket att AM under den första tillståndsperioden bara fått en grundlön som översteg den erbjudna månadslönen under 11 av 24 månader. Under den andra tillståndstiden har AM inte en enda månad fått en lön som varit i nivå med den månadslön på 33 000 kr som han erbjudits.

Uppgiften om att den erbjudna lönen skulle vara en snittlön och att AM arbetar på ackord framgår inte av något av de inlämnade anställningserbjudandena eller uppgifter i ansökningsblanketterna. Uppgiften framkommer även i ett sent skede i processen. Migrationsverket anser att det är fråga om en efterhandskonstruktion och att tillförlitligheten i uppgifterna bör ifrågasättas.

Därutöver anser Migrationsverket att AM:s övriga anställningsvillkor inte har varit i nivå med kollektivavtal eller praxis inom branschen. Det saknas stöd i förarbeten eller praxis om vad som avses med övriga anställningsvillkor, men verket anser att omständigheter som arbetstid och semester bör anses som övriga anställningsvillkor.

Av inlämnade lönespecifikationer framgår inte att AM under 2012 har fått någon semester eller semesterförmåner som han enligt lag har rätt till. AM har inte heller visat att han övriga år fått de semesterförmåner som han har rätt till.

Sammanfattningsvis har AM och IM inte uppfyllt sin bevisbörda och visat att förutsättningarna för AM:s arbetstillstånd har varit uppfyllda under föregående tillståndsperioder. Fortsatt uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige kan därför inte beviljas.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2018-05-15, Fridström,

Briheim Fällman och Nilsson Edin, referent), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om det finns förutsättningar att bevilja AM och hans maka IM uppehålls- och arbetstillstånd. Migrationsöverdomstolen måste då först ta ställning till om AM:s anställning under tidigare tillståndsperioder har inneburit att han uppfyllt försörjningskravet i 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen och om hans lön och övriga anställningsvillkor har varit i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen enligt bestämmelsens andra punkt. Migrationsöverdomstolen måste i det sammanhanget bl.a. ta ställning till om de semesterförmåner som AM har haft utgör något hinder mot att bevilja honom sökt tillstånd. Därefter måste ställning tas till i vad mån den omständigheten att AM:s lön har understigit den lön som enligt ansökan erbjöds honom påverkar bedömningen av om förutsättningarna för tidigare tillstånd varit uppfyllda. Med utgångspunkt i vad domstolen kommer fram till beträffande AM ska slutligen frågan om tillstånd för IM på grund av anknytning till honom prövas.

2. Lagstiftning

2.1 Arbetstillstånd

Arbetstillstånd ska ges för viss tid. Det får avse ett visst slag av arbete och förenas med de övriga villkor som behövs (6 kap. 1 § första stycket utlänningslagen).

Arbetstillstånd får ges till en utlänning som erbjudits en anställning, om

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och
2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen (6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen).

2.2 Permanent uppehållstillstånd på grund av arbete

Ett permanent uppehållstillstånd får bl.a. beviljas en utlänning som i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren har haft uppehållstillstånd för arbete (5 kap. 5 § första stycket 1 utlänningslagen). En utlänning som har permanent uppehållstillstånd behöver inte ha arbetstillstånd (2 kap. 8 c § 3 utlänningslagen).

2.3 Uppehållstillstånd på grund av anknytning

Uppehållstillstånd ska, om inte annat följer av vissa bestämmelser som inte är aktuella i detta mål, ges till en utlänning som är bl.a. make till någon som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige (5 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen).

3. Förarbeten

Den 15 december 2008 trädde nya regler för arbetskraftsinvandring för tredjelandsmedborgare, dvs. för personer utanför EES-området och Schweiz, i kraft. Syftet var att underlätta för arbetsgivare att rekrytera arbetskraft från tredjeländ. Regeringen uttalade i de förarbeten som låg till grund för bestämmelserna bl.a. följande.

Det är regeringens uppfattning att det även i fortsättningen ska vara en förutsättning för arbetstillstånd att utlänningen har erbjudits en anställning i Sverige som han eller hon kan försörja sig på. Detta bör framgå av utlänningslagen. Att utlänningen kan försörja sig på anställningen ställer i första hand krav på arbetstiden. Den måste vara av sådan omfattning att inkomsten från den erbjudna anställningen inte är så låg att han eller hon

behöver försörjningsstöd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) för att täcka kostnaderna för bl.a. boende och uppehälle. Att utlänningen kan försörja sig på anställningen ställer dock inte tillräckliga krav på lönesättningen och saknar helt betydelse för anställningsvillkoren i övrigt. Det nya systemet får inte underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige. Mot denna bakgrund anser regeringen att det i utlänningslagen bör uppställas som villkor för att en utlänning ska beviljas uppehålls- och arbetstillstånd att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. Svenska kollektivavtal eller vad som är praxis inom yrket eller branschen kan tjäna som vägledning i detta avseende. (Prop. 2007/08:147 s. 27 och 59.)

Förlängning av ett tidsbegränsat arbetstillstånd bör kunna ske vid ett eller flera tillfällen men den sammanlagda tillståndstiden för utlänningen bör inte överstiga fyra år. Då bör i stället frågan om permanent uppehållstillstånd aktualiseras. En förlängning bör föregås av en ny prövning av om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda. Genom arbetet har arbetstagaren visat sig bidra till samhällsutvecklingen och fått en stark koppling till Sverige. Sammantaget bör detta berättiga till ett permanent uppehållstillstånd om inte skäl enligt 5 kap. 17 § utlänningslagen talar emot. Migrationsverket ska pröva om anställningsvillkoren uppfyller de krav som ställs i bestämmelsen. Migrationsverket bör vara uppmärksam på att det erbjudna avtalet inte är ett skenavtal. (Prop. 2007/08:147 s. 29 och 59.)

Av en proposition med förslag till vissa åtgärder i syfte att upptäcka och stoppa missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring framgår bl.a. följande. Vid prövningen av om återkallelse ska ske på den grunden att en arbetstagare inte är tillförsäkrad anställningsvillkor som inte är sämre än dem som gäller för arbetstagare som redan är bosatta i Sverige bör de faktiska anställningsvillkoren jämföras med villkoren enligt svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Att anställningsvillkoren ändrats i förhållande till de i tillståndsärendet erbjudna villkoren bör i sig inte utgöra grund för återkallelse. Om anställningsvillkoren har ändrats i förhållande till vad som angavs i ansökningsförfarandet, men fortfarande är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen ska återkallelse inte ske. Från den situationen att de faktiska anställningsvillkoren har försämrats ska skiljas det förhållandet att utlänningen har lägre lön på grund av giltig frånvaro t.ex. föräldraledighet eller frånvaro på grund av sjukdom. I dessa fall ska den lägre inkomsten som är en följd av sådana omständigheter inte leda till återkallelse. (Prop. 2013/14:227 s. 19 och 38.)

4. Praxis

Migrationsöverdomstolen konstaterade i MIG 2015:11 att bestämmelsen i 6 kap. 2 § utlänningslagen är fakultativ vilket innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. En bedömning måste göras i varje enskilt fall om en ansökan ska beviljas. I rättsfallet konstaterade domstolen att om förutsättningarna för det tidsbegränsade arbetstillståndet av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda gäller den obligatoriska regeln i 7 kap. 7 e § utlänningslagen, vilken innebär att uppehållstillståndet för arbete ska återkallas. Konsekvenserna av att lagstiftaren har bestämt att återkallelse ska vara obligatorisk, är att det inte ska göras en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Den strikta tillämpning som lagstiftaren ger uttryck för när det gäller om ett uppehållstillstånd ska återkallas innebär att ett motsvarande förhållningssätt bör gälla vid prövningen av om ett arbetstillstånd ska förlängas. En förlängningsansökan bör därför inte beviljas om det framkommer att förutsättningarna inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. En annan ordning skulle kunna leda till att legitimiteten för bestämmelserna minskade, framför allt mot bakgrund av att det oftast är först vid en ansökan om förlängning som det kan kontrolleras om förutsättningarna varit uppfyllda. Det ska här anmärkas att 7 kap. 7 e § utlänningslagen efter MIG 2015:11 har

fått ett nytt sista stycke från den 1 december 2017 som gör det möjligt att i vissa fall underlåta återkallelse av ett uppehållstillstånd för arbete.

I rättsfallet MIG 2015:20 uttalade Migrationsöverdomstolen, med hänvisning till MIG 2015:11, att förlängning av arbetstillstånd av särskilda skäl för längre tid än fyra år inte bör beviljas om förutsättningarna för tillstånd inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden.

I senare avgöranden, MIG 2017:24 och MIG 2017:25, har Migrationsöverdomstolen uttalat bl.a. följande. Så som bestämmelsen i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen är utformad får en utlänningsanställningsvillkor inte vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt Migrationsöverdomstolen innebär det att man måste göra en helhetsbedömning av samtliga anställningsvillkor för att kunna avgöra om dessa är i överensstämmelse med vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Så länge som de villkor som erbjuds vid en helhetsbedömning inte kan anses vara sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen bör de kunna godtas. När det är fråga om att bedöma om de villkor som gällt under en tidigare anställningsperiod har varit sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen bör man på motsvarande sätt göra en helhetsbedömning av hur villkoren har sett ut. Anställningsvillkoren kan komma att ändras under en tillståndsperiod t.ex. till följd av avtalsförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Ibland genomförs sådana ändringar retroaktivt. För vissa arbetstagare är det möjligt att ingå enskilda överenskommelser med arbetsgivaren om anställningsvillkor rörande t.ex. semester och pensionsinbetalningar. Detta innebär enligt Migrationsöverdomstolen att det vid den bakåtsyftande bedömningen av om anställningsvillkoren är uppfyllda inte går att bedöma villkoren månad för månad. Vid prövningen bör det i stället göras en bedömning av anställningsvillkoren under hela tillståndsperioden i förhållande till kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Det bör framhållas att det inte kan krävas av arbetsgivaren att denne ska erbjuda villkor som helt motsvarar kollektivavtalet. Arbetsgivare som inte har tecknat sådana avtal måste kunna utforma sina villkor på ett sätt som avviker från vad som följer av kollektivavtal så länge som anställningsvillkoren inte är sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen.

5. Migrationsöverdomstolens bedömning

5.1 Utgångspunkter för bedömningen

Vid prövning av en ansökan om arbetstillstånd ska det göras en bedömning av om villkoren för tillståndet enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen är uppfyllda. Denna prövning tar sikte på den anställning som tillståndet avser, dvs. det rör sig om en framåtsyftande bedömning. Av Migrationsöverdomstolens praxis framgår att vid en ansökan om förlängning av uppehållstillstånd eller permanent uppehållstillstånd på grund av arbete ska en prövning göras av om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende tidigare tillståndperioder varit uppfyllda, dvs. en bakåtsyftande bedömning. Det är den enskilde som har bevisbördan för att han eller hon uppfyller villkoren för att beviljas permanent uppehållstillstånd.

5.2 Kravet på försörjning

Som framgått ovan innebär försörjningskravet i 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen att inkomsten från anställningen inte får vara så låg att det behövs försörjningsstöd för att täcka kostnaderna för bl.a. boende och uppehälle. För närvarande tillämpas ett schabloniserat försörjningskrav om 13 000 kr per månad.

Migrationsverket har invänt att AM avseende augusti och november 2013 samt november 2014 har haft månadsinkomster som understigit 13 000 kr.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2017:24 och MIG 2017:25 uttalat att det vid den bakåtsyftande bedömningen av om anställningsvillkoren i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen är uppfyllda inte går att bedöma villkoren månad för månad. I stället ska en helhetsbedömning av anställningsvillkoren göras.

Migrationsöverdomstolen anser att ett liknande synsätt bör anläggas när det gäller bedömningen av om försörjningskravet i 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen är uppfyllt. Särskild försiktighet måste visserligen alltid iakttas vid en helhetsbedömning av försörjningskravet för att motverka riskerna för utnyttjande av utländsk arbetskraft, men det är inte rimligt att möjlighet till undantag helt saknas oavsett anledningen till att en persons månadslön någon eller några gånger understigit 13 000 kr. Ett sådant synsätt stöds också av förarbetsuttalanden i fråga om återkallelsebestämmelsen i 7 kap. 7 e § utlänningslagen (prop. 2013/14:227 s. 38), där det bl.a. sägs att lägre inkomst som en följd av giltig frånvaro inte ska leda till återkallelse.

Migrationsöverdomstolen konstaterar att AM:s lön för augusti 2013 uppgick till 11 248 kr samt för november 2013 till 11 433 kr och att han för november 2014 inte fick någon lön alls. AM har förklarat dessa omständigheter med att han hade semester i augusti och november 2013 och att han dessförinnan, för juli 2013, fick 59 293 kr som förskott på lön. I november 2014 var han tjänstledig på grund av en personlig angelägenhet. Vad gäller övriga månader konstaterar Migrationsöverdomstolen att AM:s inkomster har överstigit försörjningskravet på 13 000 kr med oftast mycket god marginal.

Med hänsyn till att AM:s inkomster under endast tre månader under de fyra år som han haft tillstånd understigit 13 000 kr och till de förklaringar han har gett till de låga inkomsterna anser Migrationsöverdomstolen vid en helhetsbedömning att kravet i 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen för de tidigare tillståndsperioderna har varit uppfyllt.

5.3 AM:s anställningsvillkor i förhållande till bl.a. kollektivavtal

I 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen anges att lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte får vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Vid prövningen av om anställningsvillkoren inte är sämre än de villkor som följer av bl.a. svenska kollektivavtal är arbetstagarorganisationernas yttranden av stor betydelse (se prop. 2007/08:147 s. 37).

Det är ostridigt i målet att AM har arbetat som isoleringsmontör, att han inte har haft yrkesbevis och att hans arbetsgivare har varit ansluten till Svenska Byggnadsarbetareförbundet.

Som Migrationsverket har påpekat framgår det inte av de lönespecifikationer som getts in i målet att AM haft semester under 2012. Däremot framgår det att han haft semester under övriga år. AM har själv intygat att han under 2012 har tagit ut 25 betalda semesterdagar i samband med resa och att han det året, liksom övriga år, har fått de semesterförmåner som han haft rätt till.

Vad gäller lönen anges det i yttranden 2011, 2013 och 2015 från Svenska Byggnadsarbetareförbundet att Belstroj AB:s villkor för AM inte är sämre än de villkor som följer av kollektivavtalet eller praxis inom yrket eller branschen. Migrationsverket har i april 2016 från samma fackförbund inhämtat uppgifter om lägsta timlön enligt avtal, såväl för isoleringsmontörer med yrkesbevis som utan sådant bevis. Vid en beräkning utifrån dessa uppgifter framkommer att AM haft en timlön som något överstiger den kollektivavtalsenliga lönen.

Det är självfallet en brist att AM:s lönespecifikationer inte på ett helt tydligt sätt visar vilka semesterförmåner som han haft, men det finns inte anledning att betvivla att detta berott på ett rent administrativt misstag från arbetsgivarens

sida. Mot bakgrund av Svenska Byggnadsarbetareförbundets uppgifter om lägsta timlön finns det inte heller anledning att betvivla att AM:s faktiska lön har varit i nivå med den kollektivavtalsenliga lönen. Att övriga anställningsvillkor har varit i enlighet med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen har inte ifrågasatts. Vid en helhetsbedömning anser Migrationsöverdomstolen att AM:s anställningsvillkor inte kan anses ha varit sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

5.4 Betydelsen av att lönen understigit anställningserbjudandena

Migrationsverket har slutligen invänt att AM:s lön under tillståndsperioderna har understigit de anställningserbjudanden från Belstroj AB som han har fått. Förutsättningarna för tidigare beviljade arbetstillstånd har därför enligt verket inte varit uppfyllda.

Som framgått ovan uppgick den i samband med ansökan erbjudna lönen inför den första tillståndsperioden till 25 500 kr och inför den andra till 33 000 kr. Migrationsöverdomstolen kan konstatera att AM under flertalet av de aktuella månaderna har tjänat något mindre än vad som angetts i erbjudandena. Några månader har lönen dessutom varit betydligt lägre än den erbjudna.

AM har i detta avseende anfört att den erbjudna lönen varit en uppskattad snittlön och att Migrationsverkets formulär inte har innehållit något tydligt alternativ för anställningar med timlön, utan varit utformat för anställningar med fast månadslön. Migrationsverket har å sin sida uppgett att AM:s förklaringar är en efterhandskonstruktion.

Migrationsöverdomstolen konstaterar att lagstiftarens syfte med bestämmelsen i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen är att motverka oseriösa arbetsgivare som ger sämre villkor till utländsk arbetskraft jämfört med dem som redan finns i Sverige. Det är mot den bakgrunden naturligt att ett erbjudande från en arbetsgivare som bifogas en ansökan om arbetstillstånd ges stor betydelse vid Migrationsverkets prövning av om tillstånd ska beviljas. Verket måste kunna fastställa att erbjudandet är seriöst och utgångspunkten bör vara att arbetstagaren också ska få den lön som han eller hon har erbjudits. Det går dock inte att utläsa av bestämmelsens ordalydelse eller dess förarbeten att det ska läggas så helt avgörande vikt vid erbjudandet som Migrationsverket hävdar. Om det finns godtagbara förklaringar till avvikelsen och om lönen och övriga anställningsvillkor fortfarande är i nivå med bl.a. kollektivavtal anser Migrationsöverdomstolen att uppehålls- och arbetstillstånd ändå ska kunna beviljas.

Migrationsöverdomstolen anser i detta fall att AM:s förklaringar till avvikelsen mellan erbjuden och faktisk lön får anses godtagbara. Eftersom det inte heller i övrigt har framkommit att det finns anledning att ifrågasätta AM:s arbetsgivares seriositet anser Migrationsöverdomstolen att de grundläggande villkoren enligt 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen under de tidigare tillståndsperioderna varit uppfyllda.

5.5 Slutsats

Sammanfattningsvis anser Migrationsöverdomstolen, vid en bakåtsyftande helhetsbedömning, att såväl försörjningskravet i 6 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen som de grundläggande anställningsvillkoren i 6 kap. 2 § första stycket 2 samma lag varit uppfyllda under de tidigare tillståndsperioderna. Några andra skäl mot att bevilja AM uppehållstillstånd har inte framkommit. Genom sin anställning har han en stark anknytning till den svenska arbetsmarknaden. Förutsättningarna för att bevilja AM permanent uppehållstillstånd är därför uppfyllda.

Inte heller när det gäller IM har det framkommit några skäl mot att bevilja henne uppehållstillstånd. IM ska vid sådant förhållande enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen också beviljas permanent uppehållstillstånd.

Överklagandet ska alltså bifallas.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och beslutar att AM och IM ska beviljas permanent uppehållstillstånd.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2007/08:147 s. 27, 29, 37 och 59; Prop. 2013/14:227 s. 19 och 38
